Gläubigeranfechtung und Konkursanfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen

Inaugural-Dissertation
der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Joachim Elsner
aus Berlin-Pankow

Approbiert am 20. 7. 1939

1939

Druck: Heinrich Pöppinghaus o. H.-G., Bochum-Langendreer

Referent: Universitätsprofessor Dr. Lent.

Meiner lieben Braut,
Fräulein Anneliese Weber,
zugeeignet.

Inhalt.

Literatur.

Bartsch-Pollack: Konkurs-Ausgleichs-Anfechtungsordnung und deren Einführungsordnung, Wien 1927.

Binder: Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil, 1901.

Bingner: Bemerkungen zu dem zweiten Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Buch V. Erbrecht. Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Proz. Bd. 5 S. 593 ff.

Boehm: Das Erbrecht, 2. Aufl.

Busch-Krieg: Konkursordnung, Vergleichsordnung und Anfechtungsgesetz, 1932.

Colin: Codes et lois pour la France, Paris 1924.

Eichel: Der „Neuerwerb" und seine Bedeutung für die Gläubiger des Gemeinschuldners, Diss. Leipzig 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Bd., 1900.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 1. Lesung (I. Entwurf) 1888, 2. Lesung (II. Entwurf) 1895.

Escher: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, I. Halbbd.: Art. 457—579, Zürich 1937.

Fischer-Henle-Titze: Kommentar zum BGB., 1932.

Frommhold: Das Erbrecht, 1900.

Gröling: Die Gläubigeranfechtung gegenüber einer Erbschaftsausschlagung, Diss. Göttingen 1919 [1923], Manuskript.

Hahn: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, 7. Bd. Materialien zum Gesetz, betr. Änderungen der Konkursordnung, 1898.

Heinsheimer: Die Zivilgesetze der Gegenwart, Bd. III Brasilien, Codigo Civil, 1928.

Hellmann: Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 1907.

Hellwig: Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung. Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz, 1911 S. 157 ff.

Jaeger: Kommentar zur Konkursordnung, I. Bd. 1931, II. Bd. 1936.

— Lehrbuch, 1932.

Kipp: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Das Erbrecht, 1930.

— Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung. JW. 1912 S. 11 ff.

Kleinfeller: Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 1912.

— Änderungen der Konkursordnung. Zeitschr. f. deutschen Zivilprozeß Bd. XXV, S. 80 ff.

Koch: Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1884.

Kohler: Leitfaden des Deutschen Konkursrechts, 1903.

Leonhard: Erbrecht, 1912.
Mentzel: Kommentar zur Reichskonkursordnung, 1937.
Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtliche Ausgaebe 1888.
Oetker: Zu § 7a der Konkursnovelle. DJZ. 1898 S. 223.
Pelargus: Das Erbrecht des BGB., 1899.
Petersen-Kleinfeller: Kommentar zur Konkursordnung, 1900.
Planck: Kommentar zum BGB., 5. Bd. 1908.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1898.
Rümelin: in Arch. Ziv. Prax. Bd. 98 S. 336, 37, Fußn. 334.
v. Sarwey-Boßert: Die Konkursordnung, 1901.
Seuffert: Deutsches Konkursprozeßrecht, 1901.
— Erbschaftsausschlagung und Gläubigeranfechtung. LZ. 1912 Sp. 20 ff.
Stampe: Rechtsfindung durch Konstruktion. DJZ. 1905 Sp. 417 ff., 421.
Staudinger: Kommentar zum BGB., 2. u. 5. Bd., 1937, 1911.
Strohal: Lehrbuch des Deutschen Erbrechts, 2. Bd., 1904.
Stützel: Schenkung und Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses zum Vorteil eines Anderen im BGB., Diss. Erlangen 1911.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 2, 1918.
Willenbücher: Die Konkursordnung nebst Anfechtungsgesetz, 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.

Archiv für die zivilistische Praxis (s. Rümelin).
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Deutsche Juristenzeitung (s. auch Oetker und Stampe).
Juristische Wochenschrift (s. auch Kipp).
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- u. Versicherungsrecht (s. Seuffert).
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozeß (s. Bingner).
Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß, herausgeg. v. Busch (s. Kleinfeller).

§ 1.

Einleitung.

Dem Reichsgericht lag im Jahre 1903 folgender Sachverhalt zur Entscheidung vor[1]):

Eine Schuldnerin, gegen die der Gläubiger nach durchgeführter Klage vergebens die Zwangsvollstreckung betrieben hatte, war bei dem später eintretenden Tode ihres Bruders gesetzlich dessen alleinige Erbin. Der ihr überkommene Nachlaß umfaßte Mobiliar- und Immobiliarwerte. Noch am Todestage des Erblassers schlug die Schuldnerin im Beisein ihres Mannes die Erbschaft aus. Diese ging nunmehr auf den Sohn der Schuldnerin über.

Der Gläubiger hatte mit der Klage die Ausschlagung der Erbschaft wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten und beantragt, den Sohn seiner Schuldnerin für verpflichtet zu erklären, die Zwangsvollstreckung in die aus dem Nachlaß herrührenden Werte zu gestatten. Seine Klage war vom Landgericht und vom Oberlandesgericht[2]) abgewiesen worden.

Das Reichsgericht wies seine Revision zurück. Es gab in den Entscheidungsgründen der Ansicht Ausdruck, daß Erbschaftsausschlagungen unter keinen Umständen, weder innerhalb noch außerhalb des Konkurses, von den Gläubigern angefochten werden könnten, da dies mit dem im BGB. geregelten System des Erbschaftserwerbes unvereinbar und durch § 9 KO. auch ausdrücklich ausgeschlossen sei.

Dieser grundsätzlichen Auffassung des Reichsgerichts hat sich bis zur Gegenwart der weit überwiegende Teil des Schrifttums angeschlossen[3]).

Mag nun aber in dem aufgeführten Falle die Entscheidung des Reichsgerichts tatsächlich gerechtfertigt sein — der wiedergegebene Tatbestand läßt beispielsweise eine Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin, geschweige denn ein Zusammenwirken mit ihrem Sohne zum Zwecke der Gläubigerbenachteiligung nicht mit Sicherheit erkennen —, so stehen doch der kategorischen Ablehnung der Anfecht-

[1]) RGZ. Bd. 54 S. 289.

[2]) OLG. Bd. 6 S. 67.

[3]) Vgl. § 3 dieser Schrift.

barkeit aus Billigkeitsgründen starke Bedenken entgegen, die zu einer Nachprüfung der rechtlichen Grundlagen jener Auffassung Anlaß geben.

Es wäre etwa folgende Erweiterung des wiedergegebenen Sachverhaltes denkbar[4]):

Einem Schuldner, der sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindet, fällt eine Erbschaft an, mit deren Werten er seine sämtlichen Gläubiger befriedigen könnte. Da er das ererbte Vermögen jedoch — aus eigennützigen Motiven! — nicht dem Zugriff der Gläubiger aussetzen will, schlägt er die Erbschaft zugunsten seines minderjährigen Sohnes aus und stellt den Antrag auf Konkurseröffnung. Für den Sohn nimmt er alsdann die Erbschaft an. Der Schuldner wird seine Gläubiger billig los und kann die Vorteile der Erbschaft unter Ausnutzung seiner väterlichen Rechte voll genießen.

Wenn, wie bemerkt, die herrschende Lehre für diesen zweiten Fall — in dem die nachweisbare Absicht der Gläubigerbenachteiligung und die Kenntnis des anderen Teils vorausgesetzt sei — die Anfechtbarkeit der Erbschaftsausschlagung ebenfalls verneint, so kann dies nur auf konstruktiven und dem Laien unverständlichen Gründen beruhen. Denn, daß das Ergebnis in jedem Falle billig sei, da es von vornherein ausschließe, daß „gewissenlose Gläubiger die Hoffnung auf den künftigen Erbschaftserwerb in wucherischen Spekulationen ausbeuten“[5]), erscheint als Rechtfertigung ebenso wenig überzeugend wie die Begründung selbst. Ein die Erwartung eines künftigen Erbschaftserwerbes ausbeutender Gläubiger wäre in Anbetracht seines guten Rechtes wohl unzweifelhaft schutzbedürftiger, als der Schuldner, der die bestimmte Hoffnung seines Gläubigers auf endliche Befriedigung durch eigensüchtige Schiebungen zunichte macht. Falls andererseits, wovon Jaeger wohl ausgeht, der zu erwartende Erbschaftserwerb den Gläubiger erst zur Kreditgewährung veranlaßt, so ist der Schuldner, der sich in trügerischer Weise zunächst auf dieser Grundlage Kredit gewähren läßt, um später den Gläubiger durch die Erbschaftsausschlagung absichtlich zu schädigen, nicht eher schutzbedürftig.

Zur Rechtfertigung des genannten Ergebnisses wird fernerhin immer wieder auf den persönlichen Charakter des Erwerbes von Todes wegen hingewiesen. Einem solchen Argument ist jedoch entgegenzuhalten, daß ja bei derartigen Schiebungen des Schuldners, wie den oben gekennzeichneten, durchaus keine persönlichen, sondern

---

[4]) Beispiele bei Hellwig, a. a. O.

[5]) Jaeger, Komm., Anm. 5 zu § 9; so auch Bingner, a. a. O., S. 595. Dagegen hält Escher, a. a. O., S. 664, Anm. 1, die Befriedigung der Gläubiger aus den erbrechtlichen Ansprüchen ihres Schuldners für „umso angemessener, als die Erbanwartschaften bei der Kreditgewährung oft ein gewichtiges Wort mitsprechen“.

unableugbar rein wirtschaftliche Erwägungen den Entschluß über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft motivieren. Der Charakter des Erbschaftserwerbes ist eben kein absolut feststehender. Der Normalfall, daß die Entscheidung über den Erwerb von Todes wegen auf ethischen Grundlagen beruht, darf nicht zur unumstößlichen Regel gemacht werden.

Die Entscheidung des Reichsgerichts widerspricht in ihrem Ergebnis auch der früheren deutschen Rechtsauffassung und steht im Gegensatz zu zahlreichen Auslandsrechten [6]).

Diese sind teilweise allerdings allzu stark nach der entgegengesetzten Richtung hin ausgeweitet. Denn das ist im Prinzip das gleiche, ob nun statt des Gläubigers umgekehrt der Schuldner eine unbillig harte Berücksichtigung erfährt. Befriedigende Ergebnisse kann hier nur eine derartige Behandlung der Frage gewährleisten, die den besonderen persönlichen Belangen des Schuldners und den berechtigten Interessen des Gläubigers gleichermaßen Rechnung trägt.

Dies ist nach der Auffassung des Verfassers durch das geltende Gesetz in hinreichendem Maße gewährleistet [7]). Es handelt sich daher vorliegend um den Versuch, de lege lata nachzuweisen, daß Erbschaftsausschlagungen [8]) unter bestimmten Voraussetzungen von den Gläubigern angefochten werden können und nicht, wie die herrschende Lehre annimmt, grundsätzlich der Anfechtung entzogen sind.

Zuvor sei zur besonderen Einweisung in die vorliegende Frage die Stellungnahme des früheren deutschen Rechts und der gegenwärtigen Lehre wiedergegeben.

---

[6]) Die Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen bezw. den unmittelbaren Zugriff der Gläubiger auf die Erbschaft des Schuldners gestatten folgende ausländische Rechte: das schweizerische — Art. 578 schweiz. ZVG.; vgl. Escher, a. a. O., S. 664 ff. —, das französische — Art. 788 Code Civil —, das brasilianische — Art. 1586 Codigo Civil —, das dänische — § 3 dän. KO. —, ferner nach Jaeger, Komm., Anm. 24 zu § 9: das argentinische, holländische, portugiesische, ungarische und nach Gröling, a. a. O., S. 60, auch das russische Recht.

[7]) Vgl. § 10 dieser Schrift.

[8]) Vgl. § 4 dieser Schrift.

I. Abschnitt.

Die Behandlung der Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen in den früheren deutschen Rechten und der heutigen Rechtsprechung und Literatur.

§ 2.

a. Früheres Recht.

Die vorstehend aufgeworfene Frage ist in ihrer gegenwärtigen Problematik seit der Geltung des BGB. strittig, dessen zeitlich absehbares Inkrafttreten vorher bereits die Aufnahme des innerhalb der Streitfrage bedeutsamen [1]) § 9 in die Konkursordnung veranlaßt hatte [2]). (Novelle zur KO. vom 20. 5. 1898.)

Vor der Geltung des BGB. hatte die Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen eine verschiedenartige, doch wenig umstrittene Behandlung erfahren. In einigen Landesrechten war sie direkt durch das Gesetz geregelt, in anderen erledigte sie sich mittelbar auf Grund des in dem betreffenden Erbrecht zum Ausdruck gekommenen Systems des Erbschaftserwerbes. Die gesetzliche Regelung des Erbschaftserwerbes ist nämlich für die Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen von grundlegender Bedeutung [3]) [4]). Denn, da jede Gläubigeranfechtung eine an sich wirksame Rechtshandlung des Schuldners voraussetzt, durch die er aus seinem Vermögen Werte ausscheidet, entsteht die Frage, ob durch eine Erbschaftsausschlagung aus dem Vermögen des Schuldners wirtschaftliche Werte fortgegeben werden. Dies aber entscheidet die erbrechtliche Regelung des Erbschaftserwerbes.

In den vor dem BGB. geltenden Partikularrechten gab es zweierlei Systeme des Erbschaftserwerbes. Die Rechte, die dem römischen System [5]) folgten, nämlich

---

[1]) Vgl. § 3 dieser Schrift.

[2]) Hahn, a. a. O., Begr. zu § 7a (später § 9).

[3]) Soweit eben die Anfechtungsfrage nicht direkt durch das Gesetz erledigt wird. Vgl. z. B. unten Text zu Anm. 11, 12.

[4]) Abw. Kipp in JW.

[5]) Nur bezüglich der außerhalb der Familie stehenden extranei. Bis zu dem Zeitpunkt ihrer Entscheidung war die Erbschaft ein selbständiges Rechtssubjekt (hereditas iacens). Die Hauskinder (sui) erwarben kraft Gesetzes ohne Ausschlagungsrecht, jedoch konnte der Praetor ihnen das ius abstinendi gewähren.

das sächsische und das österreichische Recht, ließen die Erbschaft erst mit ihrer Antretung (aditio hereditatis) in das Vermögen des Erben fallen; der Nächstberufene hatte sich also erst zu entscheiden, ob er Erbe werden wollte. Andere Rechte, so das gemeine[6]), das preußische und das rheinische Recht[7]), ließen die Erbschaft kraft Gesetzes auf den Erben übergehen, nicht aber ohne die Berechtigung, die Erbschaft auszuschlagen; der Nächstberufene hatte sich also zu entscheiden, ob er Erbe bleiben wollte[8]).

Nach den letztgenannten Rechten war die Erbschaft mit dem Erbfall in das Vermögen des Erben übergegangen[9]), die Ausschlagung bedeutete daher einen Verzicht auf ein erworbenes Recht[10]). In Konsequenz dessen gestattete das rheinische Recht[11]) den Gläubigern desjenigen, der zum Nachteil ihrer Rechte auf die Erbschaft verzichtet hatte, sich ermächtigen zu lassen, anstelle des Schuldners die Erbschaft anzunehmen. Das preußische Recht sprach hinsichtlich der nach Eröffnung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaften das Entscheidungsrecht sogar den Gläubigern selbst, d. h. dem sie vertretenden Kurator, zu[12]). Im übrigen blieb im Falle des Überganges der Erbschaft kraft Gesetzes die vor Verfahrenseröffnung erklärte Ausschlagung des Gemeinschuldners nach §§ 24 Ziff. 1, 25 KO. (urspr. Fassung) anfechtbar[13]).

Nach jenen Rechten, die den Erwerb der Erbschaft von der Antretung abhängig machten, mußte konsequentermaßen die Ablehnung des Erbschaftserwerbes unanfechtbar sein[14]). Gleichwohl war in der österreichischen Konkursordnung eine Vorschrift enthalten (§ 4), die die Gläubiger ermächtigte, im Namen des Gemeinschuldners eine diesem angetragene Erbschaft mit dem Vorbehalte der Rechtswohltat des Inventars anzutreten[15]).

Diese Bestimmung ist als eine Spezialvorschrift zu werten.

---

[6]) Vgl. RGZ. Bd. 67 S. 431. Die extranei erwarben auch hier — wie im römischen Recht — erst mit der Antretung.

[7]) Vgl. RGZ. Bd. 28 S. 135.

[8]) Diese Unterscheidung trifft Leonhard, a. a. O., S. 32.

[9]) Code civil, Art. 774 ff.; ALR. I, 9, § 367.

[10]) Vgl. RGZ. Bd. 67 S. 431.

[11]) Code civil Art. 788.

[12]) ALR. I, 9, § 391.

[13]) RG. v. 22. 5. 1890 in JW. 1890 S. 237 f., Nr. 12.

[14]) Diese Frage war indessen strittig. Vgl. darüber die unter Anm. 13 zitierte RGE. mit zahlreichen Verweisen. Das RG. bejahte die Unanfechtbarkeit in diesen Fällen.

[15]) Umgekehrt wiederum im römischen Recht. Hier wurde von den extraneis das Vermächtnis kraft Gesetzes erworben und konnte nur ausgeschlagen werden; dennoch wurde die Ausschlagung für unanfechtbar erklärt. Gegenüber dem vom Praetor

§ 3.

b. Rechtsprechung und Literatur.

Welche Regelung des Erbschaftserwerbes das BGB. übernommen hat und welche Folgerungen sich daraus für die Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen ergeben, legt das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung [1]), auf die es auch in seinen späteren Entscheidungen Bezug nimmt [2]), folgendermaßen dar:

Die Erbschaft gehe nach dem BGB. auf den berufenen Erben nur „unbeschadet des Rechts" über, sie auszuschlagen (§ 1942 BGB.). Die mit dem Erbfall eintretende Rechtslage des Erben stelle sich daher als eine einstweilige, kraft des Rechts der Ausschlagung von dem Willen des Erben abhängige dar. Die — wenn auch nur gedachte — Annahme sei das entscheidende, die Aufhebung des Ausschlagungsrechts bewirkende Moment. Hinzu komme, daß nach § 1953 BGB. im Falle der Erbschaftsausschlagung der Anfall an den Ausschlagenden als überhaupt nicht erfolgt gelte, so daß der Nächstberufene so anzusehen sei, als habe er unmittelbar mit dem Erbfall die Erbschaft erworben. Die Ausschlagung stelle sich in Anbetracht dessen nicht als die Aufgabe eines bereits erworbenen, sondern als die Nichtannahme eines angetragenen Rechts dar.

Als Ausfluß dieses Systems sieht das Reichsgericht die §§ 517 [3]), 1406 Ziff. 1 (1453) BGB., 778 ZPO. an. Den genannten Vorschriften liegt nämlich nach seiner Auffassung der Gedanke zugrunde, daß vor der Annahme der Erbschaft ein eigentlicher Erwerb noch nicht vollzogen sei.

Besondere Bedeutung aber mißt das Reichsgericht dem § 9 KO. bei [4]). Diese Vorschrift, meint das Reichsgericht, spreche eindeutig aus, daß eine Erbschaftsausschlagung des Gemeinschuldners auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam und daher unanfechtbar sei. § 9 KO., der nach den Motiven zur Novelle von 1898 ausdrücklich wegen des persönlichen Charakters des Erwerbes von Todes wegen den ihm eigenen Inhalt erhalten habe, stelle sich auch nur als Konsequenz

---

zur Entsagung ermächtigten suus — vgl. oben Anm. 5 —, der allerdings nur vom Praetor aus so angesehen wurde, als sei er nicht mehr Erbe, konnten die Gläubiger gegen Befriedigung der Nachlaßgläubiger die Berechtigung erlangen, die Erbschaft zu verkaufen. Vgl. Kipp in JW.

[1]) RGZ. Bd. 54 S. 289 ff.

[2]) RGZ. Bd. 67 S. 431; Bd. 84 S. 347.

[3]) Vgl. auch Text zu Anm. 1 unter § 7 dieser Schrift.

[4]) Den Wortlaut des § 9 Satz 1 KO. s. auf S. 32 dieser Schrift.

der Bestimmungen des BGB. dar. Wenn im übrigen dem Anfechtungsgesetz eine dem § 9 KO. entsprechende Vorschrift fehle, so beruhe das lediglich auf dem Mangel eines dem Konkursverwalter gleichzusetzenden Organs. § 9 KO. sei daher analog auch auf die außerhalb des Konkurses liegenden Fälle anzuwenden.

Das gleiche Ergebnis der Unanfechtbarkeit von Erbschaftsausschlagungen hatten einige Oberlandesgerichte bereits vor der Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1903 (54. Bd.) vertreten [5]).

Im Schrifttum teilen die Auffassung des Reichsgerichts unter gleicher Begründung: Jaeger [6]), der besonders den persönlichen Charakter des Erbschaftserwerbes hervorhebt, Busch-Krieg [7]), Endemann [8], Hellmann [9]), Mentzel [10]), Petersen-Kleinfeller [11]), Planck [12]), Seuffert [13]), Staudinger-Herzfeller [14]) und Willenbücher [7]).

Als ein weiteres Argument gegen die Anfechtbarkeit geben Jaeger [15]) und Seuffert [16]) zu bedenken, daß sich ein unerträglicher Widerspruch ergeben müßte, wenn die Anfechtung trotz § 9 KO. wirksam würde. Denn dann bliebe, nach ihrer Auffassung, eine nach Eröffnung des Verfahrens erklärte Erbschaftsausschlagung mangels entgegenstehender Vorschrift doch stets wirksam (vgl. § 42 KO.), während eine vor Konkurseröffnung erfolgte Ausschlagung eben anfechtbar wäre (§§ 29 ff. KO.). Der Schuldner hätte dann nach Konkursausbruch widersinnigerweise weitere Befugnisse, als zuvor.

Boehm [17]), Strohal [18]) und Kohler [19]) vertreten die bisher wiedergegebene Auffassung, ohne sie des näheren zu begründen.

---

[5]) OLG. Naumburg v. 24. 10. 01: OLG. Bd. 4 S. 175; OLG. Colmar v. 26. 11. 02, die Vorinstanz des RG. in E. Bd. 54 S. 289: OLG. Bd. 6 S. 67.
[6]) Lehrbuch, S. 30.
[7]) a. a. O., Anm. zu § 9.
[8]) a. a. O., § 78 Fußnote 19.
[9]) a. a. O., N. 4 zu § 33.
[10]) a. a. O., S. 81.
[11]) a. a. O., Anm. 1 zu § 9.
[12]) a. a. O., Anm. 6 zu § 1952.
[13]) Lehrbuch, S. 205.
[14]) a. a. O., Anm. 3 zu § 1945.
[15]) Komm., Anm. 11 zu § 9.
[16]) In LZ.
[17]) a. a. O., S. 253.
[18]) a. a. O., S. 18.
[19]) a. a. O., S. 148, N. 4.

Kipp[20]) glaubt die Unanfechtbarkeit nicht aus den vom Reichsgericht entwickelten konstruktiven Gründen folgern zu dürfen. Er meint indessen, aus dem praktischen Gedanken, daß der Entschluß des Erben nicht von seinen Gläubigern beeinflußt werden solle, müsse die Unanfechtbarkeit notwendig folgen.

Auch Sarwey-Boßert[21]), Kleinfeller[22]) und v. Tuhr[23]) tragen keine Bedenken, die Erbschaft als mit dem Anfall erworben anzusehen. Wenn aber hiernach, wie sie meinen, erbrechtlich der Anfechtung nichts entgegenstehe, so sei diese doch durch § 9 KO. ausgeschlossen. Binder[24]) folgert, hinsichtlich des Erbschaftserwerbes von der gleichen Auffassung ausgehend, aus der Fiktion des § 1953 BGB. die weitere Fiktion, daß infolge der Ausschlagung die Erbschaft so behandelt werden müsse, als sei sie niemals Bestandteil der Konkursmasse geworden.

Oetker[25]) bringt zum Ausdruck, daß die unbedingte Ablehnung der Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen als Ergebnis sehr unbillig sei. Indem er sich jedoch gegen die Aufnahme des § 9 KO. in die Novelle von 1898 ausspricht, gibt er zu erkennen, daß er aus dieser Vorschrift die Unanfechtbarkeit folgern würde. Auch Stampe[26]) weiß die Auffassung der herrschenden Lehre in Ansehung des § 9 KO. nicht zu widerlegen. Er wendet sich nachdrücklichst gegen die Entscheidung des Reichsgerichts im 54. Bande und die darin ausgesprochene grundsätzliche Ablehnung der Anfechtbarkeit, indem er ausführt, daß „eine Entscheidung, welche mit den dargelegten Gründen und Beweisen dartun will, daß eine rite angefallene Erbschaft — die dem Erben gegen seinen Willen durch keine Macht der Erde mehr entziehbar ist — dennoch durch Ausschlagung den Gläubigern des Erben als Zugriffsobjekt beliebig entzogen werden kann, dem Volke unverständlich bleiben" müsse. Wenn Stampe jedoch angesichts des § 9 KO. dem Gläubiger mit Interessenabwägung helfen will, so erweist er damit, wie Hellwig meint[27]), der von ihm vertretenen Sache einen schlechten Dienst.

Aus grundsätzlichen Bedenken ergreift Rümelin gegen die vorgeschlagene Interessenabwägung das Wort[28]). Er ist der Auffassung, daß in der Vorschrift

---

[20]) Im Lehrbuch, § 53 IV. Vgl. auch seine Darlegungen in JW. (unten Text zu Anm. 33).

[21]) a. a. O., Anm. zu § 9.

[22]) In Zeitschr. f. d. Zivilproz., S. 96.

[23]) a. a. O., S. 160.

[24]) a. a. O., S. 122.

[25]) a. a. O., S. 223.

[26]) a. a. O.

[27]) a. a. O., S. 170, Anm. 2.

[28]) a. a. O.

des § 9 KO. eine gesetzliche Interessenabwägung enthalten sei, der der Richter nicht in souveräner Weise seine eigene Interessenabwägung substituieren dürfe, und zwar selbst dann nicht, „wenn es nachweisbar wäre, daß diese dem sogen. Volksbewußtsein besser entspreche."

Ohne Begründung wird die Anfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen für zulässig erachtet von Frommhold[29]) und Pelargus[30]), der immerhin „besondere Umstände" verlangt. Begründet ist dieses Ergebnis erst bei Hellwig zu finden[31]).

Nach dessen Auffassung gehört die Erbschaft auf Grund der §§ 1922, 1942 BGB. mit sofortiger Wirksamkeit vom Erbfalle an dem Erben. Dieser Erwerb, gesteht Hellwig zu, sei zwar nach § 1942 Abs. 1 BGB. nur ein vorläufiger; wenn der Erbe annehme oder die Ausschlagungsfrist versäume, so werde der Erwerb jedoch ein endgültiger. Hellwig sieht demnach den vorläufigen Erwerb nur als einen noch widerruflichen, den endgültigen als einen nicht mehr widerruflichen an. Die Fiktion des § 1953 BGB.: der Anfall gelte im Falle der Ausschlagung der Erbschaft als an den Ausschlagenden nicht erfolgt, schreibt nach Hellwigs Ansicht nur vor, wie die rechtliche Behandlung für die Zukunft sein solle; mit dieser Bedeutung regele die Vorschrift lediglich die Beziehungen zu dem Nächstberufenen.

Die §§ 517, 1406 (1453) BGB., 778 ZPO. sieht Hellwig innerhalb der vorliegenden Frage als bedeutungslos an. Er meint[32]), die Bestimmung des § 517 BGB. sei deshalb natürlich, weil § 516 eine Annahme voraussetze; und da bei den im Gesetz (§ 517) vorgesehenen Tatbeständen dieses Merkmal fehle, sei es gerecht, daß der Nächstberufene nicht die Dankbarkeitspflichten des Annehmenden zu tragen hätte. § 1406 Ziff. 1 (1453) BGB. ist nach Hellwigs Ansicht mit Rücksicht auf die persönliche Natur des Erbschaftserwerbes geschaffen worden, während § 778 ZPO. einer Verwirrung vorbeugen soll, die sich bei einer Ausschlagung nach erfolgter Zwangsvollstreckung ergeben müßte.

Was schließlich den § 9 KO. anbetrifft, so erkennt Hellwig dieser Vorschrift nur die Bedeutung zu, das Recht der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft wegen seines persönlichen Charakters der Masse zu entziehen, ohne damit die Frage der Anfechtung zu berühren. Vielmehr, meint Hellwig, bleibe die Anfechtung den Gläubigern stets unbenommen, einerlei, ob die Ausschlagung vor oder nach Konkursausbruch vorgenommen werde. Denn wenn der Gemeinschuldner

---

[29]) a. a. O., Anm. 1 zu § 1953.

[30]) a. a. O., S. 112.

[31]) a. a. O. In engster Anlehnung an ihn auch bei Gröling, a. a. O.

[32]) a. a. O., S. 165.

nach Eröffnung des Konkursverfahrens ausschlage, so sei § 42 KO. analog anzuwenden; diese Vorschrift enthalte nämlich keine erschöpfende Regelung. Selbst aber wenn das argumentum e contrario durchdringen müßte, so gebe immer noch § 13 Abs. 5 AnfGes. einen Weg zur Anfechtung frei.

Das argumentum e contrario gebraucht Kipp[33]). Denn „entweder alle an der Abfassung des Gesetzung Beteiligten haben eine sehr merkwürdige Nachlässigkeit begangen, oder aber sie sind der Ansicht gewesen, daß die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses durch den Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung der Gläubigeranfechtung nicht zu unterstellen sei. Dann aber müssen sie auch davon ausgegangen sein, daß die vor der Eröffnung erfolgte Annahme oder Ausschlagung . . . der Gläubigeranfechtung nicht unterliege."

Diese Ausführungen werden, unabhängig von Kipp, durch Seuffert[34]) in dessen Entgegnung auf Hellwig ergänzt. Dieser weist darauf hin, daß es nach § 7 Abs. 1 KO. dem Gemeinschuldner nicht etwa gestattet sei, nach Konkurseröffnung über Rechte an Grundstücken zu verfügen, sondern daß lediglich der gute Glaube des Erwerbers geschützt sei — allerdings (nach § 42 KO.) nur insoweit, als keine Anfechtungsgründe vorliegen. Im § 9 KO. sei dagegen dem Gemeinschuldner die Ausschlagung gestattet. Die analoge Anwendung des § 42 KO. entbehrt deshalb nach Seufferts Darlegungen der Grundlage.

Bis dahin sei in großen Zügen die Stellungnahme der Rechtsprechung und des Schrifttums wiedergegeben. Einzelne nähere Ausführungen werden noch nachfolgend im Zusammenhange Berücksichtigung finden.

---

33) In JW.

34) In LZ.

II. Abschnitt.

Die Voraussetzungen für eine Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen.

§ 4.

a. Zusammenfassung.

In der Konkursordnung ist eine Vorschrift enthalten, die das Recht der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft dem Gemeinschuldner ausdrücklich beläßt (§ 9 KO.); das Anfechtungsgesetz kennt eine entsprechende Vorschrift nicht. Dennoch ist, wie jede andere Frage der Gläubigeranfechtung, so auch die der Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen innerhalb und außerhalb des Konkurses ohne Unterschied zu behandeln.

In beiden Gesetzen sind der Charakter und die Voraussetzungen der Anfechtung gleich: der Schuldner muß zum Nachteil der Gläubiger durch wirksame, doch in Anbetracht seiner Schuldnerstellung nicht zu billigende Rechtshandlung aus seinem Vermögen wirtschaftliche Werte fortgegeben haben. Von dem besonderen Fall der Konkursanfechtung (§ 30 KO.) abgesehen, stimmen folglich in beiden Gesetzen die einzelnen Anfechtungsgründe überein, die zwischen den nicht zu billigenden und den mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit anzuerkennenden Rechtshandlungen des Schuldners, zwar nicht ausdrücklich, aber im Ergebnis unterscheiden. Da also die beiden Anfechtungsgesetze sich ihrem Gründe und Zwecke nach ergänzen, verlangen alle besonders auftretenden Anfechtungsfragen hier wie dort grundsätzlich eine gleichartige Behandlung[1]). Würde daher § 9 KO. aus bestimmten Gründen den Gläubigern die Anfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen innerhalb des Konkursverfahrens versagen, so müßte dieses Ergebnis entsprechend ein Indiz für die Unanfechtbarkeit außerhalb des Konkurses darstellen.

Gegenteiliges aus dem Mangel einer dem § 9 KO entsprechenden Vorschrift im Anfechtungsgesetz zu folgern, wäre verfehlt. Wie das Reichsgericht mit

---

[1]) A. M. RGZ. Bd. 45 S. 28, Bd. 51 S. 76.

Recht betont[2]), hätte eine derartige Bestimmung, die auf den besonderen Fall der Erbschaftsausschlagung Bezug nähme, im Anfechtungsgesetz gar keinen Raum. Innerhalb des Konkursverfahrens wird dem Gemeinschuldner die Verfügungsbefugnis über sein zum Konkurse gehöriges Vermögen entzogen und dem Konkursverwalter übertragen. § 9 KO. legt deshalb das persönliche Ausschlagungsrecht des Gemeinschuldners gegenüber dem Konkursverwalter fest. Außerhalb des Konkurses fehlt aber ein dem Konkursverwalter gleichartiges Organ, das die Handlungsfreiheit des Schuldners beschränken könnte. Wenn daher die nachfolgende Untersuchung sich praktischerweise meist auf die innerhalb des Konkurses vorgenommenen Erbschaftsausschlagungen beschränkt, so gelten doch sinngemäß die entwickelten Grundsätze auch für die außerhalb des Konkurses liegenden Fälle.

Ein gleiches gilt für die rein technische Beschränkung der vorliegenden Frage auf Erbschaftsausschlagungen. Diesen entspricht innerhalb der gegenständlichen Untersuchung in jeder Konsequenz die Ausschlagung von Vermächtnissen; denn die für das Vermächtnis geltenden und in Betracht kommenden Grundbestimmungen sind den Vorschriften, die die Erbschaft betreffen, streng nachgebildet: § 2176 entspricht den §§ 1922, 1942 BGB., § 2180 Abs. 3 verweist auf § 1953 BGB. Wie es also beim Erbschaftsübergang der Fall ist, so kommt auch die Forderung des Vermächtnisnehmers unbeschadet des Ausschlagungsrechtes mit dem Erbfall zur Entstehung; im Falle der Ausschlagung ist der Anfall des Vermächtnisses entsprechend dem der Erbschaft als an den Ausschlagenden nicht erfolgt anzusehen.

Im Zusammenhange bleibt nun noch darauf hinzuweisen, daß lediglich Erbschafts*ausschlagungen*, nicht auch Erbschafts*annahmen* für eine Gläubigeranfechtung in Betracht kommen. Die Annahme auch eines überschuldeten Nachlasses enthält niemals die Merkmale einer entgeltlichen oder unentgeltlichen Verfügung, es wird durch die Annahme der Erbschaft nichts aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben, das als noch zu demselben gehörig zurückgewährt werden könnte. Für eine Anfechtung der Erbschaftsannahme besteht auch kein Bedürfnis. Im Konkurse ist der Konkursverwalter auf Grund des § 82 KO. als verpflichtet anzusehen[3]), die Haftung des eine überschuldete Erbschaft annehmenden Gemeinschuldners auf den Nachlaß zu beschränken, und zwar durch die Stellung eines Antrages auf Eröffnung des Nachlaßkonkurses oder auf Anordnung einer Nachlaßpflegschaft (§ 1975 BGB.). Eine entsprechende Möglichkeit bieten, um dies nochmals zu betonen, hinsichtlich der Annahme von Vermächtnissen die

---

[2]) RGZ. Bd. 54 S. 296.

[3]) *Jaeger*, Komm., Anm. 34 zu § 29.

§§ 2187, 2188 BGB. Für die außerhalb des Konkurses liegenden Fälle gilt wiederum das Recht der Beschränkung der Erbenhaftung; zutreffend weist Jaeger im übrigen hier darauf hin, daß der Schuldner, sofern überhaupt das ererbte Vermögen noch schlechter stehe als sein eigenes, seine Gläubiger erst dann benachteilige, wenn er nach der Annahme der Erbschaft oder des Vermächtnisses durch erneute Verstöße das Recht der Haftungsbeschränkung preisgebe.

Nach diesen zusammenfassenden Darlegungen sind nun zunächst die — in der Frage des Vermögenserwerbes begründeten — Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen zu betrachten. Erst die Erörterung dieser Grundlagen gestattet ein weiteres Eingehen auf die Bedeutung des § 9 KO., fernerhin auf die Frage, ob bezw. welche in den Anfechtungsgesetzen enthaltenen Anfechtungsgründe den Fall einer Erbschaftsausschlagung mit umfassen.

b. Der Erbschaftserwerb nach dem BGB.

Da die Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen im geltenden Gesetz keine ausdrückliche Behandlung erfahren hat, wie beispielsweise im ehemaligen rheinischen Recht [1]), ist, wie bereits angekündigt, zunächst auf das Erbrecht des BGB. zurückzugreifen. Aus dem dort geregelten System des Erbschaftserwerbes muß es sich ergeben, ob der Ausschlagende einer Erbschaft mit der Ausschlagung irgendwelche Vermögenswerte aus seinem Vermögen fortgibt und damit die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung erfüllt.

§ 5.

1. Das erbrechtliche System des Erbschaftserwerbes.

Der Erbschaftserwerb vollzieht sich nach dem BGB. kraft Gesetzes: die Erbschaft geht mit dem Tode des Erblassers auf den Erben über (§ 1922 BGB.). Es bedarf keiner besonderen Antretung der Erbschaft; der durch Gesetz oder Testament Berufene ist, ohne daß es irgendeiner Rechtshandlung von seiner Seite aus bedarf, mit dem Tode des Erblassers eo ipso dessen Rechtsnachfolger. Er ist in diesem Augenblicke Eigentümer der Nachlaßgegenstände, Forderungsgläubiger und -schuldner und auch Nachfolger des Erblassers im Besitz (§ 857 BGB.).

---

[1]) Code civil, Art. 788: Ermächtigung der Gläubiger, eine zum Nachteil ihrer Rechte ausgeschlagene Erbschaft an Stelle des Schuldners anzunehmen.

Niemand, ausgenommen der Fiskus als Intestaterbe [2]), kann indessen gezwungen sein, eine ihm überkommene Erbschaft anzunehmen. § 1942 Abs. 1 BGB. läßt daher die Erbschaft auf den Erben nur unbeschadet des Rechts übergehen, die Erbschaft auszuschlagen. Auf dieses Recht kann allerdings der Erbe, etwa im Interesse einer baldigen Schaffung stabiler Verhältnisse, auch verzichten, d. h. er kann die Erbschaft „annehmen". In Anbetracht ihrer Gleichstellung mit dem Unterlassen jeder Tätigkeit (§ 1943 BGB.) hat die „Annahme" aber nur eine untergeordnete Bedeutung. Sie darf daher im strikten Gegensatz zu der streng formbedürftigen Ausschlagungserklärung, die nämlich die öffentliche Beglaubigung erfordert (§ 1945 Abs. 1 BGB.), stillschweigend, durch pro herede gestio erfolgen.

Im Widerspruch zu dem soeben wiedergegebenen Gesetzesinhalt erklärt das Reichsgericht (im 54. Bande) die — „wenn auch nur gedachte"(!) — Annahme für das „entscheidende, die Aufhebung des Ausschlagungsrechts bewirkende Moment." Hiermit bekräftigt das Reichsgericht konsequent seine Grundauffassung, die Ausschlagung der Erbschaft sei eine Weigerung, einen angetragenen Erwerb zu machen. Diese Grundanschauung ist aber nicht mit dem Gesetz in Einklang zu bringen (§§ 1922, 1942, 1943, 1944 BGB.). Denn hier ist nicht ausgedrückt, daß dem Berufenen die Erbschaft „angetragen" werde, sondern daß sie auf ihn übergehe und — wenn der Erbe nichts unternimmt — in seinem Vermögen bleibe. Der Berufene hat also ein Recht auf Nichterwerb [3]), nicht aber erst ein Recht auf Erwerb. Die Auffassung des Reichsgerichts ist auch mit anderen Grundbegriffen des BGB. unvereinbar; denn daß beispielsweise das Eigentum dem Erstberufenen erst „angetragen" sei, könnte lediglich eine Fiktion bewirken, die den Erblasser in Ansehung der Erbschaft bis zur — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Annahme der Erbschaft als weiterlebend, also weiterhin als Eigentümer usw. betrachten ließe; oder es müßte eine hereditas iacens geschaffen sein.

Hieran ändert auch die Fiktion des § 1953 BGB. nichts, nach der der Anfall an den Nächstberufenen als mit dem Erbfall erfolgt gilt [4]). Dies ist nur eine Fiktion hauptsächlich zugunsten des Nächstberufenen, der sonst auf das gestellt sein könnte, was der Ausschlagende ihm — evtl. nach Verbrauch beträchtlicher Aktiva — hinterläßt. Die Tatsache, daß der Ausschlagende mit dem Erbfalle er-

[2]) § 1942 Abs. 2 BGB.

[3]) Genau: Nichtbehalten.

[4]) Die zwar vorangehende Bestimmung, daß bei einer Ausschlagung der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt, ist nur eine Konsequenz der im Text wiedergegebenen Vorschrift.

worben hatte, vermag die Fiktion nicht allgemein zu beseitigen[5]), der tatsächliche Besitz kann ebensowenig wie das einmal erworbene Eigentum aus der Welt geschafft werden.

Wenn man daher die Dinge vom Ausschlagenden aus betrachtet, so gibt dieser mit der Ausschlagung die Erbschaft in vollem Umfange auf, gerade weil er — nachdem und trotzdem er erworben hatte — dennoch später so anzusehen ist, als habe er nicht erworben.

Die Fiktion des § 1953 BGB. gibt einer weiteren, wichtigen Bestimmung Raum: verfügt der Erbe bereits vor Fristablauf oder Ausschlagungsverzicht über Nachlaßgegenstände, so wird darin im Regelfalle eine Offenbarung des Willens zu erblicken sein, die Erbschaft zu behalten. In den anderen Fällen, in denen die Verfügung des Berufenen nicht als Annahme der Erbschaft anzusehen ist oder anzusehen sein soll[6]), haftet der Erbe bei einer späteren Ausschlagung dem Nächstberufenen wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag, § 1959 Abs. I BGB., das bedeutet: er hat, solange der Erwerb noch aufgegeben werden konnte, keine eigene Berechtigung zur Verfügung über sein Eigentum gehabt.

Diese Einschränkung, die auf dem Erwerb der Erbschaft lastet, bildet den Kernpunkt der Frage. Man darf sich also nicht — wie es Hellwig im positiven, das Reichsgericht im negativen Sinne tut — mit der Feststellung begnügen, daß etwas erworben ist, sondern man muß auch weiter fragen, wie es erworben ist. Wenn daher Hellwig und Gröling nach der Feststellung, daß der Erwerb zwar noch kein endgültiger sei, doch ohne weiteres die rechtlichen Konsequenzen des endgültigen Erwerbes daraus ziehen, wenn sie also den Erwerb nur als zeitlich, nicht aber als in seinem Bestande beschränkt ansehen[7]), so sind demgegenüber die stärksten Bedenken zu tragen. Nicht eher überzeugt andererseits der Schluß, durch die Ausschlagung gebe der Erbe nichts fort[8]). Wenn ein Nachlaß aus Geldern in Höhe von 10 000 Mark besteht, so gibt der ausschlagende Erbe zwar nicht 10 000 Mark weg; denn das Geld gehörte ihm noch nicht so unumschränkt, daß er darüber hätte verfügen dürfen (§ 1959 Abs. 1 BGB.)[9]). Wirtschaftlich gesehen aber

---

[5]) So auch Hellwig, a. a. O., S. 163.

[6]) Darüber vgl. Planck, a. a. O., Anm. 4 zu § 1942.

[7]) Hellwig, a. a. O., S. 160: „Hiernach wird der Erbe, der eine Erbschaft im Werte von einer Million ausschlägt, dadurch direkt um die Erbschaftsgegenstände im Werte von einer Million ärmer.“

Gröling, a. a. O., S. 32: „Diesen Erwerb kann man nur in dem Sinne als einen noch nicht endgültigen bezeichnen, als der Erbe innerhalb bestimmter Frist noch in der Lage ist, sich der Erbschaft durch Ausschlagung zu entledigen.“

[8]) So insbes. RGZ. Bd. 54 S. 297; Jaeger, Komm., Anm. 5 zu § 9

[9]) § 1951 Abs. 2 BGB. ist nur eine Konsequenz des Abs. 1.

konnte er auf Grund seiner Erbenstellung, ohne daß ihn irgendjemand daran hätte hindern können, die 10 000 Mark für seine eigensten Zwecke verbrauchen; nach der Ausschlagung hat er auf die Verwendung auch nicht eines einzigen Pfennigs mehr einen Einfluß[10]). Es ist daher praktisch widersinnig, den ausschlagenden Erben so anzusehen, als habe er mit der Ausschlagung gar nichts weggegeben. Er hat eben sein von anderer Seite unbeeinflußbares und alleiniges Anrecht auf unbeschränkten Erwerb, seine Erbenstellung, die einem Werte von 10 000 Mark entsprach, veräußert[11]).

§ 6.

2. Der Charakter des noch ausschlagbaren Erwerbes.

Der durch das Ausschlagungsrecht eingeschränkte Erwerb der Erbschaft stellt sich als ein auflösend bedingter Erwerb dar[1]). Der Erbe hat mit dem Erbfall den gesamten Nachlaß unter der auflösenden Bedingung der Ausschlagung erworben. Wenn also der Berufene die Erbschaft nicht ausschlägt, sondern sie annimmt oder die Ausschlagungsfrist versäumt, so ist die Bedingung nicht eingetreten; der Erwerb wird ein uneingeschränkter. Wenn hingegen der Berufene die Erbschaft ausschlägt, so löst sich durch den Eintritt der Bedingung der bereits vollzogene Erwerb rückwirkend wieder auf.

Die auflösende Bedingung wirkt zwar grundsätzlich erst von ihrem Eintritt ab, d. h. der Erwerb endigt — nachdem er solange bestanden hat — mit dem Eintritt der Bedingung. Dem ausschlagenden Erben müßte danach die Erbschaft bis zur Ausschlagung uneingeschränkt gehören. Dies verhindernd legt jedoch § 1953 BGB. der Bedingung der Erbschaftsausschlagung eine dem § 159 BGB. entsprechende rückwirkende Kraft bei[2]): der Anfall der Erbschaft an den annehmenden Erben gilt als zu der Zeit erfolgt, zu der der zuerst Ausschlagende bedingt erwarb, also zur Zeit des Erbfalles (§ 1953 Abs. 2 BGB.).

Die Erbschaftsausschlagung besitzt ferner den besonderen Charakter einer Potestativbedingung. Denn der Eintritt der Bedingung ist nicht von irgendwelchen

---

[10]) Stützel, a. a. O., S. 41: „Die Erbschaftsausschlagung des BGB. ist demnach ein Verzicht des Erben auf einen bereits erworbenen Vermögensbestandteil."

[11]) So auch Kipp, Lehrb., S. 174.

[1]) So auch Fischer-Henle-Titze, a. a. O., Vorbem. vor § 1942, Staudinger, a. a. O., Anm. VII zu § 1942, Bingner, a. a. O., S. 595.

[2]) Die rechtsgeschäftlich vereinbarte Rückwirkung hat nur obligatorische Bedeutung.

außerhalb der Willenssphäre des Erben liegenden Umständen abhängig, sondern ist allein dem Willen des Berufenen selbst unterworfen.

Das hindert keineswegs, die also bedingt erworbene Erbschaft als einen Vermögenswert anzusehen. Denn ob der Eintritt der Bedingung allein vom Willen des Erben abhängt oder nicht, ist gleichbedeutend [3]); ebenso nämlich, wie auflösend bedingte Vermögenserwerbungen dann unbedingt in das Vermögen des Erwerbers fallen, wenn ihr Eintritt ausschließlich von außen her zu bewirken war, so verbleiben auch die anderen bedingt erworbenen Vermögensvorteile als unbedingte im Vermögen des Erwerbers, wenn die in seiner Person liegende Erfüllung der Bedingung ausbleibt [3]). Auch der potestativ-auflösend bedingte Erwerb gehört folglich zur Konkursmasse [4]) bezw. zum Vermögen des Schuldners im Sinne des Anfechtungsgesetzes.

Damit ist folgendes Ergebnis gewonnen: schlägt der Schuldner eine ihm überkommene Erbschaft aus, so scheidet der bedingt vollzogene Erwerb, der sonst nämlich als ein unbedingter auf ihn übergegangen wäre, als ein Vermögenswert aus seinem Vermögen, aus der Konkursmasse aus; nimmt er — durch Verzicht oder Versäumnis — die Erbschaft an, so bleibt dieselbe als ein nunmehr unbedingt erworbener Vermögensbestandteil in der Masse. Die Voraussetzungen der Anfechtung: daß der Schuldner aus seinem Vermögen wirtschaftliche Werte fortgibt, sind daher für den Fall der Erbschaftsausschlagung gegeben [5]).

§ 7.

c) Außererbrechtliche Vorschriften als Konsequenz des Systems des Erbschaftserwerbes.

Ausgehend von der aus den erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. gewonnenen Auffassung, daß der Erbe mit der Erbschaftsausschlagung sein Vermögen verringert, bleibt weiterhin zu untersuchen, ob dieses Ergebnis mit den anderen, außererbrechtlichen Vorschriften vereinbar ist, die die herrschende Lehre zur Unterstützung ihres entgegengesetzten Standpunktes heranzieht.

Nach § 517 BGB. liegt eine Schenkung nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterläßt oder auf ein angefallenes,

---

[3]) Jaeger, Komm., Anm. 57 zu § 1.

[4]) Vgl. Anm. 3 soeben. Abw. Eichel, a. a. O., S. 25.

[5]) Über die Bedeutung des Zeitpunktes, in dem die Erbschaft ausgeschlagen wird, d. h. ob vor oder nach Konkurseröffnung, vgl. § 8 S. 35 ff. dieser Schrift.

noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt.

Die herrschende Lehre sieht diese Bestimmung als Konsequenz des von ihr entwickelten Systems des Erbschaftserwerbes an. Denn entsprechend den erbrechtlichen Regelungen liegt nach ihrer Meinung dem § 517 BGB. die Auffassung zugrunde, daß bis zu ihrer Annahme die Erbschaft einen Vermögenswert nicht darstelle. „Durch diese letztere Vorschrift wird der Begriff der Bereicherung aus dem Vermögen nach seiner negativen Seite hin bestimmt, unter denselben soll die Ausschlagung einer Erbschaft nicht fallen", sagt das Reichsgericht [1]). Und weiter: „Vielleicht wäre die Vorschrift entbehrlich gewesen, da schon nach den erbrechtlichen Bestimmungen die Erbschaft vor der Annahme nicht zum Vermögen des Schuldners gehört, aber ihre Aufnahme mochte sich empfehlen, um auf diese Weise etwaigen Zweifeln zu begegnen".

Daß bis zu ihrer Annahme die Erbschaft nicht unbeschränkt zum Vermögen des Schuldners gehört, ist dargelegt und anerkannt worden. Es ist dies aber mit dem Hinweise geschehen, daß die noch ausschlagbare Erbschaft deshalb nicht außerhalb des Vermögens des Schuldners steht; denn eine hereditas iacens kennt das BGB. nicht. Der Schuldner hat vielmehr unter Berücksichtigung seiner Erbenstellung mit dem Anfall der Erbschaft einen Vermögenswert erworben, dessen er sich durch die Ausschlagung wieder zu entäußern vermag.

Diese Auffassung kann die Schlußbestimmung des § 517 BGB. eher erklären und rechtfertigen als die vom Reichsgericht ihr zugrundegelegte. Denn nun wäre die Vorschrift nicht „entbehrlich" mehr, sondern geradezu notwendig am Platze. Es besteht jetzt nämlich die Möglichkeit, bei einer Erbschaftsausschlagung die Merkmale des § 516 BGB. als gegeben anzusehen. Denn nach der Definition des § 516 BGB. ist die Schenkung „(1.) eine Zuwendung, durch die (2.) jemand aus seinem Vermögen einen Anderen bereichert, wenn (3.) beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt." Eine Erbschaftsausschlagung könnte also als Schenkung zu klassifizieren sein, wenn der Erbe dem Nächstberufenen durch Aufgabe seiner Erbenstellung die Erbschaft zuwendet und beide Teile darüber einig sind, daß die Ausschlagung unentgeltlich [2]) erfolgt.

Ob eine Erbschaftsausschlagung auch beim Vorliegen der Essentialien des § 516 BGB. begrifflich überhaupt als Schenkung anzusehen wäre, steht hier nicht zur Entscheidung. Man könnte einwenden, daß es an dem Erfordernis der Zuwendung fehle, da der Nächstberufene die Erbschaft nicht durch eine Hingabe,

---

[1]) RGZ. Bd. 54 S. 293.

[2]) Über den Begriff der Unentgeltlichkeit vgl. Anm. 2 unter § 9 dieser Schrift.

sondern kraft Gesetzes, kraft eigenen Rechts erwirbt [3]). Ferner könnte man Bedenken hegen hinsichtlich der Einigung, daß die „Zuwendung" unentgeltlich erfolgen solle; denn die Unentgeltlichkeit beruht nicht auf der Einigung der Parteien, sondern geht aus dem Gesetz hervor. Jedenfalls hat § 517 BGB. den Sinn, durch die in ihm enthaltenen Einschränkungen den vorhergehenden § 516 BGB. zu ergänzen [4]). Er schließt damit von vornherein aus, daß derjenige, der die Erbschaft durch Ausschlagung erhält, mit den Dankbarkeitspflichten des Beschenkten belastet wird (§ 530 BGB.), daß man dem verarmten Ausschlagenden gestattet, die Erbschaft zurückzufordern (§ 528 BGB.) oder daß den Gläubigern die Schenkungsanfechtung (im engeren Sinne) zuerkannt wird [5]) [6]).

Welches von den Merkmalen der ihm vorangehenden Vorschrift § 517 BGB. betonen soll, ob die Unentgeltlichkeit, den Begriff der Zuwendung oder beide Faktoren, bleibe dahingestellt; vertreten ließe sich sicherlich jedes. Nur eins kann mit Rücksicht auf den Wortlaut, den Zusammenhang und die Geschichte des § 517 BGB. keinem Zweifel unterliegen: daß die genannte Bestimmung nicht den Charakter des noch ausschlagbaren Erbschaftserwerbes als eines noch nicht vollzogenen Erwerbes hervorheben und berücksichtigen soll, daß mit ihm gerade im Gegenteil vorausgesetzt ist, auch der noch ausschlagbare Erbschaftserwerb stelle einen Vermögenswert dar.

Dies mag folgende Darstellung zeigen:

Wenn das Gesetz, wie das Reichsgericht sagt [7]), „um Zweifeln zu begegnen", durch § 517 BGB. „die Bereicherung aus dem Vermögen negativ bestimmen" wollte, so stünde man dem höchst merkwürdig anmutenden, weil überflüssigen Rechtssatz gegenüber, daß jemand, der nichts in seinem Vermögen hat, nichts aus seinem Vermögen fortgeben kann. Denn § 517 BGB. enthält als ersten den Tatbestand, daß jemand zum Vorteil eines Anderen einen Vermögenserwerb unterläßt.

Jener offenbare Fehlschluß beruht auf einer Verkennung der Verschiedenheit der im § 517 BGB. aufgezählten Tatbestände. Es handelt sich nämlich nicht, wie das Reichsgericht meint, um drei gleichwertige Tatbestände, denen allen als Grundlage ein vollzogener Vermögenserwerb fehlt, es handelt sich vielmehr um

---

[3]) Stützel, a. a. O., S. 57. Vgl. auch § 9 dieser Schrift Abs. 2 a. Ende.

[4]) Staudinger, a. a. O., II, 2, Anm. 1 zu § 517.

[5]) Dies mit Recht. Vgl. § 10 dieser Schrift.

[6]) Protokolle, 2. Les., zu § 439, S. 9: „Anlangend die Ausschlagung der Erbschaft, so erscheine es nicht geraten, das Moment der Schenkung hineinzutragen, damit nicht die Spekulation der Gläubiger auf die dem Schuldner anfallende Erbschaft begünstigt werde." So auch Stützel, a. a. O., S. 43 f.

[7]) RGZ. Bd. 54 S. 293.

drei verschiedene in ihrer Struktur einander gegenübergestellte Begriffe. Den ersten charakterisiert der Mangel eines Vermögenserwerbes [8]). Der zweite enthält bereits eine Anwartschaft auf den Vollzug eines Erwerbes [9]). Den dritten Tatbestand schließlich zeichnet ein schon vollendeter Erwerb aus, der jedoch zukünftig noch fortfallen kann.

Das Reichsgericht stellt den „Verzicht auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht“ und die Ausschlagung einer Erbschaft auf die gleiche Stufe. Das Gesetz trennt aber diese Tatbestände ausdrücklich, indem es sie durch ein „Oder“ einander gegenüberstellt, damit anerkennend, daß der vorläufige Erbschaftserwerb nicht „ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht“ ist. Soviel besagen auch die von der herrschenden Lehre — allerdings mit entgegengesetztem Ziele — herangezogenen Motive [10]) im Zusammenhange mit dem ersten Entwurf des BGB. und dem späteren Gesetz:

Die Motive [11]) enthalten bezüglich des Charakters des bedingten Erbschaftserwerbes folgende Ausführungen: „Die Hervorhebung des Falles, wonach es als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht gilt, wenn eine Erbschaft . . . ausgeschlagen werde, ist . . . zweckmäßig im Hinblicke auf das dem Erbrechte zugrundeliegende Prinzip des ipso iure Erwerbes bei Erbschaft . . . In einem solchen Verzichte erblickt der Entwurf jedenfalls materiell keine Veräußerung.“

Den soeben zitierten Ausführungen der Motive lag der § 439 in Verbindung mit § 437 des ersten Entwurfs mit folgender Fassung zugrunde:

§ 437: „Als Schenkung gilt die an einen Anderen erfolgende Zuwendung, durch welche das Vermögen des Zuwendenden vermindert und der Andere bereichert wird . . .“

§ 439, 1. Abs.: „Eine Bereicherung liegt nicht vor . . .“

2. Abs.: „Eine Vermögensverminderung liegt nicht vor, wenn auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Vermögensrecht verzichtet . . . wird.“

3. Abs.: „Als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht gilt die Ausschlagung einer Erbschaft . . .“

---

[8]) Hierher gehören die Nichtannahme eines Vertragsantrages, die Unterlassung einer Anfechtung wegen Willensmangels, die den Vorteil eines Dritten bezweckende Versäumung einer Frist usw., s. Staudinger, a. a. O., II, 2, Anm. 3 zu § 517.

[9]) Z. B. aufschiebend bedingte Rechte, die ja erst mit dem Eintritt der Bedingung wirksam werden.

[10]) Vgl. RGZ. Bd. 54 S. 295.

[11]) Bd. II, § 439, S. 290 f.

Die Motive haben demnach für den späteren § 517 BGB. keine Bedeutung, denn in ihm ist die Bestimmung, daß die Ausschlagung einer Erbschaft als Verzicht auf ein angefallenes, jedoch noch nicht erworbenes Recht zu gelten habe, nicht enthalten.

Umgekehrt aber ist es gerade von Bedeutung, daß der § 439 Abs. 3 des ersten Entwurfs fortgefallen ist und stattdessen die in der ursprünglichen Vorschrift gleichbehandelten Tatbestände vom Gesetzgeber einander gegenübergestellt wurden. Dies war schon mit dem zweiten Entwurf geschehen[12]), dessen Fassung der des geltenden § 517 BGB. entsprach. Der Gesetzgeber hat also bewußt seine ursprüngliche, anscheinend auch nur fingierende Haltung aufgegeben.

Nach alledem könnte man dem Reichsgericht, wenn man den Sinn des § 517 BGB. lediglich unter dem Gesichtspunkt einer Bewertung des noch ausschlagbaren Erbschaftserwerbes bestimmen will, folgende Argumentation entgegenhalten: d a nach dem erbrechtlichen System des Erbschaftserwerbes eine Erbschaftsausschlagung sich als Schenkung darstellen könnte, sollte aus praktischen Gründen eine Ausnahmevorschrift geschaffen werden; diese wäre als solche dann allerdings nicht entbehrlich, sondern hätte ihren bestimmten Zweck (Ausschluß der §§ 528, 530 BGB. oder der Schenkungsanfechtung seitens der Gläubiger).

Ähnlich dem § 517 BGB. können auch die §§ 1406, 1453 BGB. nicht zur Unterstützung des von der herrschenden Lehre entwickelten Systems des Erbschaftserwerbes dienen.

§ 1406 Ziff. I. BGB. bestimmt innerhalb der Vorschriften über das Verwaltungs- und Nutznießungsrecht des Ehemannes im gesetzlichen Güterstande, daß die Frau der Zustimmung des Mannes nicht bedarf „zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft . . ., zum Verzicht auf den Pflichtteil sowie zur Errichtung des Inventars über eine angefallene Erbschaft.“ Das gleiche gilt für die übrigen Güterstände, nämlich die Allgemeine Gütergemeinschaft (§ 1453 BGB.), die Errungenschaftsgemeinschaft (§§ 1519 Abs. 2, 1525 Abs. 2 BGB.) und die Fahrnisgemeinschaft (§§ 1549, 1550 Abs. 2 BGB.).

Wenn das Reichsgericht hinsichtlich der genannten Vorschriften ausführt[13]), daß auch sie auf dem Gedanken beruhten, vor der Annahme der Erbschaft liege ein Vermögenserwerb noch nicht vor, es werde daher durch die Ausschlagung nichts aus dem Vermögen weggeben, so steht das im Gegensatz zu dem zum Ausdruck gekommenen Sinn des Gesetzes. § 1406 BGB. erkennt — innerhalb der Regelung der Verfügungs- und Verwaltungsbeschränkungen der Frau gegenüber

[12]) Die Protokolle erwähnen die Streichung des Abs. 3 nicht.
[13]) RGZ. Bd. 54 S. 293.

den Befugnissen des Mannes hinsichtlich des eingebrachten Gutes — der Frau in besonders gelagerten Fällen die selbständige Vornahme entsprechender Rechtsgeschäfte zu; und zwar sind die im Absatz 1 aufgezählten, zu denen die Erbschaftsausschlagung gehört, solche, die auf ganz persönlichen Erwägungen basieren und daher von etwaigen wirtschaftlichen Überlegungen des Mannes unbeeinflußt bleiben sollen [14]).

Dies ist ein Gedanke, der allen im § 1406 Ziff. 1 BGB. genannten Tatbeständen gemeinsam innewohnt und der sicherlich auch einen besonderen Schutz verlangt. Mit ihm ist andererseits die Auffassung, § 1406 Ziff. 1 BGB. bestimme negativ die Bereicherung aus dem Vermögen, nicht vereinbar. Denn der Verzicht auf den Pflichtteil ist unbestreitbar eine Verfügung über ein — vererbliches und übertragbares — Vermögensrecht. Somit kann § 1406 Ziff. 1 BGB. nur den Sinn haben, dem Manne ein ihm eigentlich zustehendes Mitwirkungsrecht mit Rücksicht auf die persönliche Natur der aufgezählten Tatbestände ausdrücklich zu entziehen [15]).

Es ergibt sich daher folgende Konsequenz des Gesetzes:

Nach §§ 1922, 1942 BGB. erwirbt die Frau eine ihr überkommene Erbschaft unter der Bedingung der Ausschlagung. Dieser Erwerb gehört zum eingebrachten Gut der Frau (§ 1363 Abs. 2 BGB.), sofern er nicht eben zum Vorbehaltsgut bestimmt war (§ 1369 BGB.). Zur Verfügung über eingebrachtes Gut bedarf die Frau der Einwilligung des Mannes (§ 1395 BGB.); dieser hätte daher das Recht, die Gültigkeit einer Erbschaftsausschlagung als einer Verfügung über ein zum eingebrachten Gut gehöriges Recht von seiner Zustimmung abhängig zu machen. Da dieser Konsequenz aber insofern Bedenken entgegenstehen, als sie das Interesse der Frau an einer persönlichen, nicht allein von wirtschaftlichen Erwägungen beeinflußten Entscheidung verletzen würde, stellt § 1406 Ziff. 1 BGB. der Frau die alleinige Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte, zu denen auch die Erbschaftsausschlagung gehört, dem Manne gegenüber frei.

Was schließlich den § 778 ZPO. anbelangt, so hat diese Vorschrift nur eine rein praktische Berechtigung und Bedeutung. Die Bestimmung beschränkt für die Zeit bis zur Erbschaftsannahme die Zwangsvollstreckung wegen eines gegen den Nachlaß gerichteten Anspruchs auf den Nachlaß, und umgekehrt die Zwangsvollstreckung wegen eigener Verbindlichkeiten des Erben auf dessen außerhalb der Erbschaft liegendes Vermögen. Eine derartige Regelung ist bei jedem System

[14]) So auch Kipp in JW.; Hellwig, a. a. O.; Stampe, a. a. O.; Mentzel, a. a. O., Anm. 4 zu § 9.

[15]) Hellwig, a. a. O., S. 164.

des Erbschaftserwerbes — mit Ausnahme des römischen Systems, wo sie gegenstandslos wäre, — von Wichtigkeit. Denn ob man die bedingt erworbene Erbschaft als einen Vermögenswert ansieht oder nicht, jedenfalls ist in Anbetracht der noch möglichen Ausschlagung eine Vorschrift unentbehrlich, die einer späteren Unübersichtlichkeit vorbeugt[16]).

§ 778 ZPO. soll also praktisch vermeiden, daß die Zwangsvollstreckung so unbeschränkt, wie es die Vorschrift verhindert, betrieben wird und daß alsdann — vielleicht sogar aus Anlaß der durchgeführten Zwangsvollstreckung — die Erbschaft ausgeschlagen wird und damit eine ganz unübersichtliche Lage der Rechtsverhältnisse entsteht. Nicht etwa hat die Vorschrift deshalb einen Sinn, weil es dem Erben an Werten mangele, in die vollstreckt werden könnte. Gerade die positive Beziehung des Erben zum Nachlaß, der Charakter des bedingten Erbschaftserwerbes als eines Vermögenswertes erscheint als Grundlage des § 778 ZPO. Denn im umgekehrten Falle, wenn also der Erbe nach gesetzlicher Regelung noch keinen vermögensrechtlichen Erwerb mit dem Anfall der Erbschaft gemacht hätte, würde sich die Vorschrift erübrigen; dann könnte jedenfalls wegen einer Nachlaßschuld nur in den Nachlaß vollstreckt werden, wegen einer Forderung gegen den Erben nur in dessen erbfreies Vermögen, ohne daß es einer ausdrücklichen Vorschrift bedürfte.

---

[16]) So auch Hellwig, a. a. O., S. 167.

III. Abschnitt.

Die Bedeutung des § 9 KO.

§ 8.

Im vorhergehenden Abschnitt ist nachzuweisen versucht worden, daß sich vom BGB. aus betrachtet der Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen keinerlei Hindernisse bieten. Die Anfechtung könnte jedoch, wie es im entgegengesetzten Sinne im früheren österreichischen Recht der Fall war [1]), durch eine besondere Vorschrift ausgeschlossen sein.

Als eine dies bewirkende Bestimmung wird von jenem Teil des Schrifttums, der — zumindest im Ergebnis — den bis hierher entwickelten Standpunkt teilt und dennoch die Anfechtbarkeit ablehnt, der § 9 KO. angesehen [2]).

§ 9 hat, wie bereits im I. Abschnitt unter § 2 bemerkt worden ist, erst nachträglich durch die Novelle von 1898 in die Konkursordnung seine Aufnahme gefunden. Denn „die KO. (von 1877) hat", wie die Begründung zu dieser Vorschrift besagt [3]), „mit Rücksicht auf die Verschiedenheiten des geltenden Erbrechts seinerzeit davon abgesehen, die Frage zu regeln, ob die Annahme oder die Ausschlagung einer vor der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft . . dem Gemeinschuldner oder dem Konkursverwalter zusteht."

Wie es bereits bekannt ist, bestanden vor dem Inkrafttreten des BGB. landesgesetzliche Bestimmungen, die das Recht der Erbschaftsannahme den Gläubigern bezw. dem Konkursverwalter ausdrücklich vorbehielten [4]). Im Gegensatz zu diesen Vorschriften bestimmt § 9 KO. mit Rücksicht auf den persönlichen und nicht allein vermögensrechtlichen Charakter des Erwerbes von Todes wegen [5]):

„Die Annahme oder Ausschlagung einer vor der Eröffnung des Verfahrens dem Gemeinschuldner angefallenen Erbschaft . . . steht nur dem Gemeinschuldner zu."

---

[1]) Vgl. Text zu Anm. 15 unter § 2 dieser Schrift.

[2]) Vor allem von Kipp in JW.

[3]) Hahn, a. a. O., Begr. zu § 7 a.

[4]) Vgl. Anm. 11, 12, 15 unter § 2 dieser Schrift.

[5]) Hahn, a. a. O., Begr. zu § 7 a, dem späteren § 9 KO.

Nicht also wie in früher geltenden Gesetzen soll das Recht, eine angefallene Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen dem Konkursverwalter zustehen, sondern in Betonung der immateriellen Seite des Erbschaftserwerbes einzig und allein dem Gemeinschuldner. Nirgends aber steht etwas „klar ausgesprochen“ [6]) vom Ausschluß der Gläubigeranfechtung, davon, daß die Ausschlagung „den Konkursgläubigern gegenüber wirksam und unanfechtbar ist“! [6])

Jaeger meint [7]), diese Bestimmung sei herzuleiten aus dem „gesetzlichen Zusammenhang, in dem der Grundsatz des § 9 ausgesprochen ist. Dieser Zusammenhang ergibt, daß die vom Gemeinschuldner erklärte Ausschlagung nicht nur an sich, sondern gerade „den Konkursgläubigern gegenüber“ wirksam sein soll.“ Weiterhin auch, meint Jaeger [8]), wäre es „ein unerträglicher Widerspruch, wenn eine Ausschlagung nach der Eröffnung des Verfahrens schlechthin erlaubt, vor Eröffnung aber unerlaubt wäre.“

Diesen Einwänden, die Jaeger als Vertreter der herrschenden Lehre geltend macht, ist wiederum folgendes entgegenzuhalten:

§ 9 KO. befindet sich im Gesetz unter dem Titel „Allgemeine Bestimmungen“. Nach den einleitenden Vorschriften, die das zur Masse gehörige Vermögen umreißen, entzieht § 6 KO. mit Wirkung vom Zeitpunkt der Eröffnung des Konkursverfahrens dem Gemeinschuldner die Befugnis, das vor Konkursausbruch ihm gehörende Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Die Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners endet also mit dem Zeitpunkt, in dem das Konkursverfahren eröffnet wird [9]). Dies trifft aber nur mit einer Ausnahme zu: über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft kann der Gemeinschuldner ebenso wie vor der Eröffnung des Verfahrens weiter frei entscheiden. Das bedeutet, daß § 6 Abs. 2 KO., der die bisherige Verfügungsbefugnis des Gemeinschuldners auf den Konkursverwalter überträgt, sich nicht auf die Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften erstreckt. Die §§ 7 und 8 KO. haben daher in Bezug auf § 9 KO. gar keine Bedeutung. Denn sie bestimmen im Anschluß an § 6 KO. ja nur, welche Rechtslage sich ergibt, wenn der Gemeinschuldner trotz Entziehung der Verfügungsbefugnis über Massebestandteile verfügt; dann nämlich sind die von dem Gemeinschuldner unter den genannten Bedingungen vorgenommenen Rechtshandlungen als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam anzusehen. Hinsichtlich der Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften hingegen wird als eine Ausnahme zu § 6 KO. dem Gemeinschuldner das

---

[6]) RGZ. Bd. 54 S. 295.

[7]) Komm., Anm. 11 zu § 9.

[8]) Vgl. Text zu Anm. 15 unter § 3 dieser Schrift.

[9]) S. § 108 KO.

Verfügungsrecht weiter zugestanden; er behält in dieser Beziehung die gleichen Befugnisse, die er vor der Konkurseröffnung hatte. Die Rechtshandlungen aber, die der Gemeinschuldner vermöge der gleichen Befugnis vornimmt, die er in Ansehung seines gesamten Vermögens vor der Eröffnung des Verfahrens besaß, sind den Konkursgläubigern gegenüber notwendigerweise ebenso unwirksam oder wirksam wie jene anderen vor Konkursausbruch getätigten Rechtshandlungen, das heißt: sie sind an sich wirksam, aber anfechtbar.

Jaeger glaubt [10]), das Gesetz gehe von dem von der herrschenden Lehre vertretenen System des Erbschaftserwerbes aus und schließe daher durch § 6 KO. die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft von den das massezugehörige Vermögen betreffenden Maßnahmen aus, womit sie im Sinne des § 7 KO. wirksam sei. Im § 6 KO. dürfte in Verbindung mit § 9 KO. der Schwerpunkt jedoch nicht auf den Worten „zur Konkursmasse gehöriges Vermögen" ruhen; denn was zur Konkursmasse gehört, das regeln erschöpfend die vorhergehenden Bestimmungen. Vielmehr dürften den Zusammenhang der in Betracht stehenden Vorschriften die den § 6 KO. einleitenden Worte bestimmen: „Mit der Eröffnung des Verfahrens (verliert der Gemeinschuldner die Befugnis . . .)". Damit ist gesagt, daß hinsichtlich des in den §§ 1 ff. KO. umgrenzten Vermögens der Eröffnung des Konkursverfahrens die Bedeutung der Verfügungsübertragung vom Gemeinschuldner auf den Konkursverwalter zukommt, und zwar mit der einen Ausnahme, daß der Gemeinschuldner über die Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften weiterhin ausschließlich entscheiden darf.

Gegen die Anfechtbarkeit besagt § 9 KO. in seinem Zusammenhange im Gesetze demnach nichts.

Historisch betrachtet brachte § 9 KO., indem er sich damit in Gegensatz zu zahlreichen früheren deutschen und fremden Rechten stellte, als eine Neuregelung die Bestimmung, daß die Befugnis der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft nur (!) dem Gemeinschuldner zustehen solle, nicht also — und das ist die historische Bedeutung dieser Vorschrift — dem Konkursverwalter oder diesem oder dem Gemeinschuldner in beiderseitigem Zusammenwirken.

Aber auch nur soviel besagt § 9 KO. Denn, wenn dem Gemeinschuldner unter besonderer Berücksichtigung seiner privaten Belange das Entscheidungsrecht über die Annahme oder Ausschlagung angefallener Erbschaften zugesprochen wird, so ist damit noch nicht die Anfechtung seitens der Gläubiger ausgeschlossen; diese erfordert ja qualifizierte weitere Momente, die gegenüber einer Erbschaftsausschla-

---

[10]) Komm., Anm. 5 zu § 9.

gung darüberhinaus in ihrer Anzahl außerordentlich beschränkt wären[11]). Durch § 9 KO. wird nicht die Gläubigeranfechtung verhindert, sondern ganz im Gegenteil gefördert. Wenn durch diese Bestimmung nämlich in jedem Stande des Verfahrens die Erbschaftsausschlagung des Gemeinschuldners für an sich wirksam erklärt wird, so schafft sie damit nur eine wichtige Voraussetzung der Gläubigeranfechtung, nämlich eine wirksame Rechtshandlung des Schuldners, durch die er aus seinem Vermögen Werte veräußert[12]).

Durch die ausdrückliche Vorschrift des § 9 KO. steht also dem Gemeinschuldner jederzeit und unbeschränkt die Entscheidung zu, ob er Erbe werden will oder nicht (richtiger: ob er Erbe bleiben will). Diese Entscheidung ist eine unantastbare, niemand vermag sie aufzuheben oder irgendwie zu korrigieren. Wenn der Schuldner beispielsweise als gesetzlicher Erbe wegen mißlicher Beziehungen zum Erblasser die ihm angefallene Erbschaft ausschlägt, so kann ihn niemand mehr zum Erben machen, etwa dadurch, daß er für ihn die Erbschaft annimmt. Und wenn der Schuldner selbst aus dem alleinigen Grunde, seine Gläubiger zu benachteiligen, die ihm überkommene Erbschaft ausschlägt, so hat gemäß der Bestimmung des § 9 KO. ebenfalls niemand mehr auf diesen Entschluß einen Einfluß.

Eine ganz andere Frage ist es, ob die Ausschlagung des Schuldners anfechtbar ist. Denn die Anfechtung berührt nicht den dem Schuldner durch § 9 KO. garantierten Erfolg seiner Entscheidung, nämlich die von ihm gewünschte Stellung als Ausschlagender oder als Erbe, die Gläubigeranfechtung betrifft nur Vermögenswerte und diese nur insoweit, als sie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind. Sie richtet sich im Falle der Erbschaftsausschlagung nicht gegen den Schuldner, der ja nicht mehr Erbe ist, sondern sie ist gegen denjenigen gerichtet, zu dessen Gunsten die Erbschaft ausgeschlagen war.

Nach den bisherigen Darlegungen ist also die Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen grundsätzlich zu bejahen. Auf welche Vorschriften weiterhin die Anfechtung gegründet werden kann, bleibt zu erörtern.

Die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens von dem Gemeinschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen[13]) sind nach § 29 KO. unter den Voraussetzungen der §§ 30 ff. KO. anfechtbar. Schlägt daher der Schuldner vor Konkursausbruch eine ihm angefallene Erbschaft aus, so kann die Ausschlagung ohne Bedenken in dieser Hinsicht nach §§ 29 ff. KO. angefochten werden; die besonderen Anfechtungsgründe werden im folgenden Abschnitt behandelt. Anders scheint

---

[11]) Vgl. IV. Abschnitt (§ 9) dieser Schrift.

[12]) Hellwig, a. a. O., S. 170.

[13]) Die Definition der Rechtshandlung vgl. im Text zu Anm. 4 unter § 9 dieser Schrift.

es — und hier beginnen für Hellwig die Schwierigkeiten, die er nicht überzeugend zu beseitigen weiß — in den Fällen der Ausschlagung nach Konkurseröffnung zu liegen.

Gemäß § 7 KO. sind die seit der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Für eine Anfechtung der nach Konkursausbruch von dem Gemeinschuldner vorgenommenen allgemeinen Rechtshandlungen fehlt es daher an der Voraussetzung einer wirksamen Veräußerung. Es besteht für die Gläubigeranfechtung somit auch kein Bedürfnis. Dies muß ausnahmsweise jedoch für solche Rechtshandlungen des Gemeinschuldners gelten, die dieser zwar nach Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommen hat, die aber gleichwohl wirksam sind; das sind Verfügungen über Rechte an Grundstücken oder über Rechte an solchen Rechten (§ 7 Abs. 1 Halbs. 2 KO.). Wenn derartigen Verfügungen des Gemeinschuldners Anfechtungsgründe gegenüberstehen, so müssen diese notwendigerweise, auch wenn es sich um Verfügungen über Grundstücksrechte handelt, denen gegenüber der öffentliche Glaube an das Grundbuch eingreift, geltend gemacht werden können.

Die §§ 29 ff. KO. erklären nur die vor der Eröffnung des Konkursverfahrens vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners für anfechtbar. Direkt also können die nach Eröffnung des Verfahrens vorgenommenen Grundstücksverfügungen des Gemeinschuldners nicht nach §§ 29 ff. KO. angefochten werden. Um die bestehende Lücke auszufüllen, weist § 42 KO. ausdrücklich den Weg über die §§ 29 ff. KO.

Die von einander abhängigen Vorschriften der §§ 7 Abs. 1, 42 KO. dürfen allerdings nicht mißverstanden werden. Durch § 7 Abs. 1 KO. ist nach der Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner die Verfügung über Grundstücke nicht etwa erlaubt, worauf Seuffert mit Recht hinweist[14]). Die genannte Vorschrift berücksichtigt konsequenterweise nur den im Immobiliarrecht des BGB. ganz grundlegenden Gedanken des öffentlichen Glaubens an das Grundbuch, der zugunsten des gutgläubigen Erwerbers zum Ausdruck gekommen ist. Die Erbschaftsausschlagung ist dem Gemeinschuldner dagegen ausdrücklich durch § 9 KO. erlaubt. Sie läßt sich daher nicht etwa, wie es Hellwig[15]) und Gröling[16]) tun, mit der Grundstücksverfügung auf einen Nenner bringen. Die Erbschaftsausschlagung ist mit dem im vorhergehenden gekennzeichneten Grundgedanken des § 42 KO. nicht zu vereinen.

---

[14]) In LZ.

[15]) a. a. O., S. 172, vgl. § 3 S. 18 dieser Schrift.

[16]) Wenig vertretbar erscheint Grölings Argumentation, a. a. O., S. 54: die analoge Anwendung des § 42 KO. auf Erbschaftsausschlagungen sei gerechtfertigt,

Wenn Hellwig die Lösung der vorliegenden Frage dennoch auf den erschöpfend gefaßten § 42 KO. aufbaut, so diskreditiert freilich auch er die von ihm vertretene Sache. Denn der durch ihn in das Gesetz hineininterpretierte Gedanke, daß § 42 KO. allgemein einen Ausweg eröffne für — wie die herrschende Lehre sagt — vom Gesetzgeber nicht vorgesehene Schlußfolgerungen, wird ein erhöhtes Mißtrauen gegen die Richtigkeit der verteidigten These hervorrufen und sich damit in ein Indiz für das Zutreffen der gegensätzlichen Auffassung umkehren[17]). Die Lösung der Frage, auf Grund welcher Vorschriften die nach Konkursausbruch vom Gemeinschuldner erklärte Erbschaftsausschlagung anfechtbar ist, dürfte auf anderer Ebene liegen. Wenn der Schuldner nach der Eröffnung des Verfahrens ebenso frei wie vor Konkursausbruch über die Annahme oder Ausschlagung von Erbschaften entscheiden darf, wenn also insoweit die Konkurseröffnung ohne Bedeutung ist, so wäre es konsequent, auch in Ansehung der Anfechtung die nach Verfahrenseröffnung vorgenommene Ausschlagung der vordem erklärten gleichzusetzen und beide als nach §§ 29 ff. KO. anfechtbar zu betrachten. Dem steht auch nichts im Wege.

Der Erbe erwirbt die Erbschaft unter der auflösenden Bedingung der Ausschlagung. Der Eintritt der Bedingung hat gemäß § 1953 BGB. rückwirkende Kraft. Die nach der Eröffnung des Verfahrens aufgegebene Erbschaft gilt also als der Konkursmasse vor Konkursausbruch entzogen. Und zwar gilt dies füt jede Erbschaftsausschlagung innerhalb des Konkursverfahrens, da sich die Rückwirkung in jedem Falle bis zur Zeit vor Verfahrenseröffnung erstrecken muß; denn ein nach Konkursausbruch erworbener Vermögenswert gehört gemäß § 1 KO. nicht zur Masse, sondern zählt zum konkursfreien Neuerwerb des Schuldners.

§ 29 KO. ist nun so zu verstehen, daß Rechtshandlungen, durch die vor Eröffnung des Konkursverfahrens dem massezugehörigen Vermögen Werte ent-

---

da es sich in den Voraussetzungen um gleiche Fälle handele, nämlich um Ausnahmevorschriften, die ihren Grund in besonders schutzwürdigen Interessen hätten. Im § 7 KO., der dem § 42 KO. unmittelbar zugrunde liege, sei es der Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs, im § 9 KO. das persönliche Moment des Erwerbes von Todes wegen, das diese Ausnahmevorschriften rechtfertige.

[17]) Wenn Hellwig, a. a. O., S. 172, für den Fall, daß gegenüber § 42 KO. das argumentum e contrario durchdringen müßte, den § 13 Abs. 5 AnfGes. als Behelf heranzieht, so dürfte auch das keine befriedigende Lösung der Frage bedeuten. Dies mag folgende Darstellung erläutern: Hellwig erkennt als richtig an, daß die Bejahung oder Verneinung der Anfechtbarkeit innerhalb des Konkurses als maßgeblich für die außerhalb desselben liegenden Fälle zu betrachten ist. Wenn er daher auf innerhalb des Konkurses vorgenommene Erbschaftsausschlagungen das AnfGes. anwendet, so leugnet er damit mittelbar die Möglichkeit der Konkursanfechtung überhaupt und hiermit wiederum die Anfechtbarkeit außerhalb des Konkurses.

zogen werden, nach §§ 30 ff. KO. anfechtbar sind. Vor der Konkurseröffnung konnte der Schuldner den Gläubigern gegenüber wirksam, wenn auch im Rahmen der §§ 29 ff. KO. anfechtbar, verfügen; der Erwerber der veräußerten Werte konnte diese wirksam erwerben. Tätigt nun der Gemeinschuldner nach Konkursausbruch eine — erlaubte oder unerlaubte — rückwirkende Vermögensverfügung, so ist diese, da ja der Gemeinschuldner nur in Ansehung des Konkurses in der Verfügungsbefugnis beschränkt ist, jedenfalls allgemein wirksam und, da sie als vor der Konkurseröffnung vorgenommen anzusehen ist, damit auch den Konkursgläubigern gegenüber wirksam, wenn auch anfechtbar. Hinsichtlich der vor Konkursausbruch vorgenommenen Verfügungen kommt eine Anwendung des § 7 KO. nicht in Betracht, folglich bleibt nur die Anfechtung frei, und zwar hat diese nach §§ 29 ff. KO. zu erfolgen[18]).

Das entgegengesetzte muß für solche Rechtshandlungen des Schuldners gelten, die dieser vor Konkursausbruch vornimmt und die erst nach demselben wirksam werden[19]).

Die Gläubiger des eine angefallene Erbschaft ausschlagenden Erben sind daher in jedem Falle, und zwar ohne Rücksicht auf eine inzwischen stattfindende Konkurseröffnung, auf den Weg der Anfechtung nach §§ 29 ff. KO. innerhalb der im folgenden Abschnitt festzulegenden Grenzen verwiesen.

---

[18]) Jaeger, Komm., Anm. 14 zu § 7: „Der Schutz des § 7 setzt dort ein, wo der des § 29 aufhört."

[19]) Eine andere Frage ist die des Beginns der Wirksamkeit der Rechtshandlung als solcher. Das Ergebnis bleibt das gleiche. Nimmt z. B. der Schuldner heute ein Vertragsangebot durch schriftliche Erklärung und Absendung der Erklärung an und wird morgen der Konkurs eröffnet, so ist die übermorgen dem anderen Teile zugehende Annahme gemäß § 7 KO. den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam. Denn eine unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung wird nach § 130 Abs. 1 BGB. wirksam, wenn sie dem anderen Teile zugeht.

IV. Abschnitt.

Die Anfechtungsgründe gegenüber Erbschaftsausschlagungen.

§ 9.

Die Gründe, unter denen Erbschaftsausschlagungen anfechtbar sind, können in Anbetracht des besonderen Charakters der Erbschaftsausschlagung nur sehr beschränkt sein. So ist bereits von vornherein § 31 Ziff. 2 KO. (§ 3 Ziff. 2 AnfGes.) unanwendbar, da diese Vorschrift einen Vertrag voraussetzt, die Erbschaftsausschlagung aber eine einseitige Rechtshandlung ist.

§ 32 Ziff. 1, 2 KO. (§ 3 Ziff. 3, 4 AnfGes.) scheidet nicht deshalb aus, weil § 517 BGB. die Ausschlagung einer Erbschaft ausdrücklich vom Begriff der Schenkung ausnimmt [1]). Die angegebenen Bestimmungen werden zwar als „Schenkungsanfechtung" bezeichnet, doch stimmen die nach ihnen anfechtbaren Rechtshandlungen des Schuldners mit dem bürgerlich-rechtlichen Begriff der Schenkung nicht überein. Dieser ist vielmehr enger, da er eine Bereicherung auf der anderen Seite voraussetzt, während § 32 Ziff. 1, 2 KO. lediglich eine unentgeltliche Verfügung des Schuldners erfordert [2]). Als eine solche kann die Erbschaftsausschlagung zwar angesehen werden; sie ist aber keine Zuwendung, wie man sie einem privatrechtlichen Partner gegenüber macht, sondern ein Gestaltungsakt. Der Nächstberufene erwirbt kraft Gesetzes.

Es kommt demnach als Anfechtungsgrund gegenüber Erbschaftsausschlagungen lediglich noch § 31 Ziff. 1 KO. (§ 3 Ziff. 1 AnfGes.) in Betracht [3]).

---

[1]) So jedoch Kipp in JW.

[2]) Zum Begriff der Unentgeltlichkeit einer Verfügung: der Schuldner bezahlt, ohne hierzu verpflichtet zu sein, eine fremde Schuld, die dafür abgetretene Forderung ist wertlos; RGZ. Bd. 51 S. 415. Entscheidend für die Frage der Unentgeltlichkeit ist der Wille der Vertragschließenden, die Gegenleistung als vollständig oder nicht vollständig anzusehen: Busch-Krieg, a. a. O., Anm. 4 zu § 32, JW. 1897 S. 570, Nr. 29.

[3]) Nach § 31 Ziff. 1 KO. erledigt sich auch für die vorliegende Frage der besondere Fall der sogen. Konkursanfechtung, § 30 KO. Soweit der Abschluß von Verträgen vorausgesetzt wird, scheidet diese ohnehin aus (Ziff. 1 Halbs. 1). Im übrigen

Nach dieser Vorschrift genügt es, wenn einerseits der Schuldner in der Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, Rechtshandlungen vornimmt und wenn zweitens der andere Teil diese Absicht kennt.

Als eine Rechtshandlung im Sinne der Anfechtungsbestimmungen ist die Erbschaftsausschlagung anzusehen. Denn mit Jaeger[4]) ist als Rechtshandlung jede Privatwillensbetätigung zu bezeichnen, mit der das Gesetz einen rechtlichen Erfolg verknüpft, einerlei ob er gewollt ist oder nicht.

Das leitende und bestimmende Motiv einer solchen Willensbetätigung muß die Gläubigerbenachteiligung sein. Es genügt aber nicht, daß der Schuldner die objektiv benachteiligende Handlung nur mit dem Bewußtsein vorgenommen hat, seine Gläubiger notwendig oder aller Wahrscheinlichkeit nach zu benachteiligen[5]). Das würde in den meisten Fällen zu unbilligen und vom Gesetzgeber ungewollten Ergebnissen führen. Denn § 31 Ziff. 1 KO. setzt so wenig Tatbestandsmerkmale voraus, daß auch wirklich, wenn eine weitgehende Rechtsunsicherheit vermieden werden soll, nur diejenigen Handlungen des Schuldners der Anfechtung unterliegen dürfen, die nachweislich auf subjektivem Gebiete die Benachteiligung der Gläubiger zumindest mitumfassen. Wenn also beispielsweise ein Schuldner von seinem Freunde unter Übergehung der Familie desselben zum Erben eingesetzt wird und der Schuldner, um nicht den verantwortungslosen Entschluß des Freundes gegenüber seiner Familie zu sanktionieren, die Erbschaft ausschlägt, so darf nicht etwa das — zu unterstellende — Bewußtsein des Schuldners, daß er mit der Erbschaftsausschlagung notwendig seine Gläubiger benachteiligt, als hinreichender Anfechtungsgrund gewertet werden. Wenn die Dinge derart liegen, dann dürfen die wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger gewiß nicht den persönlichen Belangen des Schuldners vorangestelllt werden. Andererseits kann die Benachteiligungsabsicht als mit der gleichzeitigen Verfolgung anderer Zwecke verträglich angesehen

---

ist Anfechtungsgrund die begünstigende Sicherung oder Befriedigung eines einzelnen Gläubigers vor den anderen. Es müßten also der begünstigte Gläubiger und der Nächstberufene eine Person sein. Sollte dies einmal praktisch werden, so wäre die Ausschlagung als ein simuliertes, einen Erbschaftsverkauf bezweckendes Rechtsgeschäft anzusehen; vgl. OLG. Bd. 4 S. 175 f.

[4]) Komm., Anm. 2 zu § 7.

[5]) Dieses Bewußtsein halten — im Gegensatz zur heute herrschenden Lehre — für ausreichend: Sarwey-Boßert, a. a. O., S. 165; Kleinfeller, Lehrb., S. 157, § 18 IV, 1; RGZ. Bd. 9 S. 75, Bd. 11 S. 175, später aufgegeben: RGZ. Bd. 20 S. 180, Bd. 33 S. 124; Urt. vom 14. 10. 37 in Recht 1928 S. 33, Nr. 147.

werden[6]). Nur darf sie eben nicht allein Nebenwirkung bleiben[7]), sondern sie muß als ein leitendes Motiv in der Willensbildung des Schuldners vorhanden sein[8]). Daß bei Erbschaftsausschlagungen im übrigen die Anforderungen an die Ausgeprägtheit der Benachteiligungsabsicht und auch an die Führung des Beweises hoch zu stellen sind, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

Die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, begründet erst dann die Anfechtung, wenn die Benachteiligungsabsicht auch dem anderen Teil, d. h. demjenigen, der durch die anzufechtende Rechtshandlung des Schuldners einen Erwerb zum Schaden der Gläubiger gemacht hat, bekannt ist, und zwar positiv bekannt ist. Eventual-dolus oder Kennenmüssen werden von der herrschenden Lehre als nicht ausreichend angesehen[9]). Dies ist auch mit Rücksicht auf die Folgen, die sich für den anderen Teil aus der Gläubigeranfechtung ergeben, nicht mehr als billig.

Eine Erbschaftsausschlagung kann demgemäß — in Übereinstimmung mit dem Grundgedanken des § 9 KO. — nur dann wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten werden, wenn ein derartiger Erfolg in der Willensbildung des ausschlagenden Schuldners leitend mitgewirkt hat und der Nächstberufene hiervon Kenntnis hatte.

§ 10.

Ergebnis und Schluß.

Das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung, ob die von einem Gemeinschuldner erklärte Ausschlagung einer ihm vor Konkurseröffnung angefallenen Erbschaft der Gläubigeranfechtung unterliegt, ist zusammengefaßt folgendes:

I. Die Gläubigeranfechtung gegenüber Erbschaftsausschlagungen kann nicht als grundsätzlich ausgeschlossen angesehen werden. Denn der Erbe erwirbt gemäß §§ 1922, 1942 BGB. die ihm überkommene Erbschaft sofort mit dem Erbfalle,

---

6) Jaeger, Komm., Anm. 7 zu § 31.

7) Z. B. RG. in JW. 05 S. 442, Nr. 28: „Erwirkt der Schuldner aus den vorhandenen Geldmitteln den laufenden Unterhalt für sich und seine Familie, so kann in der Regel nicht davon die Rede sein, daß er in der „Absicht" gehandelt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen, auch wenn er weiß, daß diese um die zum notwendigen Unterhalt von ihm verwendeten Geldmittel in Ansehung ihrer Befriedigung verkürzt werden."

8) Jaeger, Komm., Anm. 5 zu § 31: „Diese Absicht ist der auf den Erfolg der Gläubigerbenachteiligung gerichtete bestimmte Wille des Schuldners." H. M.

9) DJZ. 1928 S. 318, RGZ. Bd. 95 S. 153.

beschränkt nur durch die negative Potestativbedingung der Ausschlagung. Die auflösend-bedingt erworbene Erbschaft gehört als Vermögenserwerb zur Masse. Wenn nach § 9 KO. die Ausschlagung zwar nur dem Gemeinschuldner zusteht, so besagt dies noch nicht, daß sie deshalb den Gläubigern gegenüber unanfechtbar sei. Denn die Vorschrift grenzt nur die Berechtigungen des Gemeinschuldners gegen diejenigen des Konkursverwalters ab.

II. Der Charakter der Erbschaftsausschlagung als eines Gestaltungsaktes läßt in Übereinstimmung mit dem Gedanken, daß die Entscheidung über den Erwerb von Todeswegen nicht allein wirtschaftlichen, sondern auch ethischen Erwägungen unterliegt, die Anfechtung nur für solche Fälle zu, in denen die Ausschlagung in der dem Nächstberufenen bekannten Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, erfolgt.

Es kann also eine Erbschaftsausschlagung von den Gläubigern des Erben nicht angefochten werden, wenn die Entschließung aus der persönlichen Sphäre des Schuldners resultiert, die § 9 KO. zweifellos berücksichtigen will. Zielt daher der Entschluß des Erben zu seinen eigenen oder Anderer Gunsten auf die Benachteiligung seiner Gläubiger ab, so ist von ganz anderen Grundlagen auszugehen. Denn in diesen Fällen ist das zu schützende und durch § 9 KO. geschützte Gut des Schuldners gar nicht existent. Gegenüber seinen rein wirtschaftlichen Erwägungen aber müssen billigerweise die ebenfalls wirtschaftlichen Interessen der Gläubiger durchgreifen, die nur den höher einzuschätzenden ethischen Belangen des Schuldners unterzuordnen waren. Dessen persönliche Interessen bleiben ohnehin unberührt. Denn insoweit er über seine Erbenstellung entscheidet, bleibt der Entschluß in jedem Falle unangetastet; durch die Anfechtung wird der Schuldner niemals wieder zum Erben.

Auch dem Anfechtungsgegner, dem Nächstberufenen gegenüber dürfte das Ergebnis billigenswert sein, da dieser ja — um die Anfechtung überhaupt zu ermöglichen — bösgläubig sein mußte. Es wird in den seltensten Fällen der Schuldner so schikanös handeln, daß er nur mit dem einen Ziele die Erbschaft ausschlägt, sie seinen Gläubigern vorzuenthalten; meist wird er sich mit dem Nächstberufenen ins Benehmen setzen und sich von ihm irgendwelche Vorteile versprechen lassen. Beim Vorliegen eines solchen Zusammenwirkens hört aber die Schutzbedürftigkeit des Nächstberufenen auf. Im übrigen bleibt er Subjekt des zurückzugewährenden Rechtes. Es scheint daher, daß das Ergebnis, und zwar in Ansehung aller Teile: der Gläubiger, des (Gemein)schuldners und des Nächstberufenen, eine gerechte Interessenabwägung vornimmt. Es ist die Hoffnung des Verfassers, dieses Ergebnis auch hinreichend begründet zu haben.

Lebenslauf.

Als Sohn des Studienrats Dr. Richard Elsner und dessen Ehefrau Else, geb. Graul, wurde ich — Joachim Ernst Wolfgang Elsner — am 19. Mai 1913 zu Berlin-Pankow geboren. Ich bin nichtjüdischer Abstammung und wurde im evangelischen Glauben getauft und erzogen. Nach anfangs wechselndem Schulbesuch trat ich im August 1920 in die Vorschule des Realgymnasiums Pankow ein, das ich alsdann ohne größere Unterbrechung bis zur Reifeprüfung im März 1932 besuchte.

Anschließend studierte ich sieben Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Das Studium unterbrach ich vom Herbst 1934 bis Herbst 1935 wegen eines freiwilligen Wehrdienstes. Am 29. Oktober 1936 bestand ich am Kammergericht das Referendarexamen.

Seit dem 1. Dezember 1936 bin ich im Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts tätig. Während desselben habe ich zwei weitere Semester Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen studiert.

Joachim Elsner.